This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 3M83 V

FALCHI

Intorno al concetto scientifico de dritto naturale

1903

5
ITA
906
FAL

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Omaggio dell'autore
con preghiera di gradirlo

ANTONIO FALCHI

626

INTORNO AL CONCETTO SCIENTIFICO

DI DRITTO NATURALE E D'EQUITÀ

BOLOGNA
Stabilimento Tipografico Zamorani e Albertazzi
Piazza Calderini, 6 - Palazzo Loup
1903

BIBLIOTECA LUCCHINI
10886
N.° d'ord.
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LUCCHINI

ANTONIO FALCHI

INTORNO AL CONCETTO SCIENTIFICO

DI DRITTO NATURALE E D' EQUITÀ

BOLOGNA
Stabilimento Tipografico Zamorani e Albertazzi
Piazza Calderini, 6 - Palazzo Loup
1903

Digitized by Google

For TK
F

DEC 20 1930

Digitized by Google

INTORNO AL CONCETTO SCIENTIFICO DI DRITTO NATURALE E D'EQUITÀ

I. Le idee innate dinanzi alla psicologia positiva. - II. Il concetto di dritto naturale nel razionalismo. - III. Legittimità del problema del dritto naturale. - IV. L'idealità giuridica. - V. Il dritto naturale. - VI. Il dritto naturale e il realismo giuridico. — VII. Una teoria del Vico intorno all'equità. - VIII. Errori dominanti nella filosofia giuridica riguardo al concetto d'equità; pregi delle teoriche del Windscheid e del Chironi. - IX. Conclusione: l'essenza ed i limiti dell'equità.

I

Dinanzi al vasto movimento critico determinato dalla dottrina dell'evoluzione, che è base di tutta la scienza moderna, molti concetti fondamentali per il vecchio idealismo, o hanno subito una profonda trasformazione, o sono spariti del tutto dal campo scientifico.

In biologia si è chiarita falsa la teoria della immutabilità delle specie e si è dimostrato il dinamismo della natura nel continuo divenire e trasformarsi degli esseri viventi; correlativamente fu respinta l'ipotesi metafisica dell'origine umana, sulla quale si fondava quel pregiudizio antropocentrico che aveva viziato la vecchia morale.

Chiarita l'origine e la formazione psicologica e storica del mito, si bandì dalla natura e dal mondo sociale l'arbitrio di entità sopra naturali, e si comprese come la storia nei suoi molteplici aspetti sia l'opera dell'attività umana, determinata non da

Digitized by Google

imperativi categorici e metafisici, ma dall'ambiente fisico e sociale. Il concetto di formazione storica, validamente intuito dal Vico, divenne così la base di ogni studio sociale, ed al suo lume potè spiegarsi la scienza e l'arte, la morale ed il dritto, la religione e la scuola. I fenomeni sociali che si presentano alla nostra osservazione non sorsero, d'improvviso e per volere di un demiurgo onnipossente, nelle forme in che ci appariscono staticamente; ma essi andarono formandosi a grado a grado, elevandosi dapprima sopra una base biologica e sviluppandosi poi dinanzi alle necessità del luogo e della convivenza; e le necessità sociali alla lor volta andarono determinandosi e complicandosi per la forza non solo del sentimento, come vorrebbe lo Spencer, ma dell'idea per sua natura impulsiva.

Fatti e rapporti, sentimenti ed idee, progredendo parallelamente e per reciproca influenza, diedero all'uomo la sua civiltà, la sua autonomia, e lo resero padrone del mondo, da cui egli stesso era originariamente dominato.

Quel meraviglioso edifizio idealistico di cui Platone aveva gettato le basi e che era andato sempre più innalzandosi sino all'Hegel ed allo Schelling, già pericolante per la sua stessa altezza, non potè resistere all'esperienza che ne minava le basi, e cadde d'un tratto pesantemente. La critica si portò sulle sue rovine e volle analizzare gli elementi da cui esso era costituito.

Le idee innate, di cui già il Locke aveva mostrato la falsità e che anche il Kant aveva attaccate per presentarle poi sotto altra vesta, furono prese in esame dalla psicologia positiva, la quale su questo punto riconobbe all'idealismo dei meriti che gli eran stati negati dal puro sensismo. Il fatto affermato dagli idealisti fu riconosciuto vero, sebbene falsa ed antiscientifica ne sia stata dichiarata l'interpretazione.

È innegabile infatti che nella psiche umana osservata staticamente si riscontrino una serie di idee e di tendenze che determinano le azioni dell'individuo, promuovono cioè certi atti conformi ad esse ed inibiscono quelli che sono con esse in contrasto. Ed è anche vero che in un dato momento storico certe idee appariscono comuni a molti individui, a tutto un gruppo sociale, e che quelli che non sentono queste idee o agiscono contrariamente ad esse sono considerati colpevoli e degni di pena.

Nient'altro però. Queste idee non sono riflesso di entità metafisiche, non sono i raggi del sole che nel mito platonico rischiaran le caverne, nè le categorie *a priori* della mente. E non sono

Digitized by Google

neppure universali, immutabili cioè da tempo a tempo ed eguali per ogni popolo e per ogni nazione.

La sensibilità stessa, nella sua forma più semplice di irritabilità e reazione a uno stimolo, appare come il risultato dinamico di una precedente evoluzione della materia; e la coscienza una differenziazione di questa elementare sensibilità. Evolutivamente, cioè a dire per successive complicazioni strutturali e correlative differenziazioni funzionali, la coscienza si innalza a grado a grado sino alla psiche degli animali superiori.

La mente umana che al suo primo apparire è ben poco superiore a quella degli altri animali, si evolve poi per l'influenza soprattutto della vita collettiva. Le idee nascono in essa per via puramente naturale, da aggruppamenti e confronti di esperienze molteplici. Nè rimangono immobili; ma col complicarsi dei rapporti sociali e sotto la pressione dell'ambiente fisico esse si modificano ancora senza fine, diventando causa di nuovi fatti, che alla lor volta determineranno idee novelle.

Le idee etiche, quali noi possiamo osservarle nell'animo nostro, non vi furon dunque poste, in una forma fissa, da un demiurgo; ma esse si formarono naturalmente nella società, *differenziandosi dal primitivo fondo psicologico*, per modo che la loro esistenza *a priori*, la loro *innatezza*, può ammettersi nell'individuo solo come risultato di una trasmissione fisio-storica, come effetto cioè della legge d'eredità bio-sociale Qualunque idea morale però si chiarisce come una graduale acquisizione rispetto alla specie considerata nell'unità della sua evoluzione.

Perciò il complesso dei fatti morali, in che consiste la condotta dei popoli civili, appare non come effetto di una categoria della mente, d'origine metafisica, nè come estrinsecazione perenne d'una costante ed esclusiva tendenza, propria della psiche umana (egoismo, simpatia ecc.); ma come l'esplicazione di idee naturalmente formatesi negli individui per l'influenza dell'ambiente fisico e sociale.

Bandito dal mondo psicologico l'apriorismo trascendentale delle idee, cade necessariamente l'assolutismo così della morale che del dritto. Se non esiste un'idea assoluta etica o giuridica, ma tutte le idee si trasformano e si cambiano nel giuoco naturale delle forze sociali, evidentemente non potrà esistere una condotta morale, nè un dritto che sian buoni per sè stessi, assolutamente. Ma la bontà di quella e di questo sarà relativa alle condizioni reali di vita e di coltura d'un popolo in un dato momento storico;

Digitized by Google

e in questo senso veramente può dirsi che ciò che era giusto ieri, potrà forse non esserlo domani.

Così la critica psicologica e storica delle idee e degli istituti ha portato nella filosofia giuridica la dissoluzione del *diritto naturale* quale era stato concepito da Platone in poi, e codificato in quasi tutti i trattati generali del dritto ([1]).

II

Da Platone infatti sino agli ultimi razionalisti, sino all'Hegel ed al Fichte, il problema giuridico non mutò intimamente.

Platone, reagendo alla critica demolitrice dei sofisti, non si era limitato ad affermare l'idea etica che essi negavano ed a mostrarne il valore sociale; ma, comprendendo forse come gli attacchi dei sofisti fossero soprattutto d'indole gnoseologica, aveva trasportato le idee etiche ed estetiche in un mondo superumano, per modo che esse potessero rimanere salve da qualunque irriverente attentato. La sede delle idee non è la ragione e la loro esistenza non è semplicemente razionale: le idee non sono prodotto della mente, ma sono superiori ad essa; hanno un'esistenza autonoma, anteriore alla nostra coscienza. Questi ideali improntano essi stessi le cose della natura nelle loro apparenze concrete: le cose non sono però che un pallido ed imperfetto riflesso delle idee, e tanto quelle sono migliori quanto più dallo splendore di queste appariscon ravvivate.

Quest'ontologismo politeistico si riflette nella dottrina gnoseologica.

L'attività dei sensi, che è la forma inferiore dell'attività umana, non può attingere che le parvenze delle cose, mutabili e perciò stesso false ed infedeli, e la conoscenza empirica non può mai innalzarci alla pura visione della verità. La ragione, per la sua stessa natura soprasensibile, può solo avvicinarci all'essenza delle cose, intuire l'idea, mostrarci la verità ed additarci una condotta conforme ad essa.

Il dualismo in che si risolve la teoria platonica della conoscenza si ripercuote nel problema etico, nella morale e nel dritto.

([1]) La storia di tale dissoluzione è stata, almeno nelle sue linee generali, vigorosamente tracciata dal Fragapane. Cfr. *Obbietto e limiti della filosofia del dritto*, Vol. I. Roma, Loescher, 1897.

Digitized by Google

V'ha infatti da una parte la legge etica e giuridica razionale che è un'intuizione della mente delle idee di *bene* e di *giusto;* v'ha d'altra parte una serie di fatti umani, contrarî quasi sempre all'idea del *buono*, spesso contradditorî e ripugnanti fra loro. Così accanto al dritto ideale, eterno ed immutabile, che può essere intuito dalla ragione, e che, essendo conforme alle leggi astratte della natura, può dirsi naturale; v'è la congerie dei fatti giuridici, degl'istituti e delle leggi umane.

A che deve dunque tendere l'opera del legislatore se non a rendere le leggi ed il diritto positivo sempre più conformi a quel tipo ideale di giustizia cui solo può conoscere la retta ragione?

Ed in vista appunto di tale scopo vuole Platone che solo i filosofi siano chiamati a dirigere lo Stato ed a dettare le leggi, che poi i più forti dovranno far rispettare da quelli che per avventura volessero violarle.

Questa l'essenza della dottrina giuridica di Platone; chiunque segua lo svolgimento storico del razionalismo non troverà mai più mutati i termini del problema.

Verrà, è vero, il tempo (quello di Cartesio), in cui si ripudierà il concetto platonico delle idee, ed esse si considereranno non più come entità extramentali, ma come aspetti della sostanza pensante; ma rimarrà sempre con Spinoza, con Kant, con Grozio e con Hegel l'identica impostazione del problema giuridico e l'identico dualismo, ossia l'identica mancanza di risoluzione.

Se non esisterà più nella nuova fase del razionalismo il dritto ideale o naturale come riflesso di un'entità astratta campata in un milleluogo fantastico, si avrà sempre un concetto *a priori* di giustizia a cui si opporrà in continuo contrasto tutto l'ordine dei fatti giuridici. E si avrà ancora da una parte un dritto ideale o razionale, che conserverà il nome di *dritto naturale*, conforme all'idea astratta di giustizia, cioè all'idea che di giustizia si sarà formata ciascun filosofo in correlazione ai principî metafisi del proprio sistema; ed un *dritto positivo* contrastante con quello, opera dei sensi e non della ragione, attuante il trionfo delle passioni e della violenza. E sarà lo stesso il fine supremo del legislatore: attuare positivamente quell'ordine giuridico che egli crede intrinsecamente giusto, togliendo dal dritto reale tuttociò che possa sembrare contrastante con esso.

La costruzione razionale del dritto potrà poi differire da filosofo a filosofo, poichè ciascuno tenderà ad applicare in essa i principî fondamentali del proprio sistema.

Digitized by Google

III

Il positivismo, abbiamo detto, distrusse il concetto di dritto naturale quale era stato affermato da Platone e seguìto dalle scuole razionaliste; ma può dirsi perciò che esso abbia distrutto o reso impossibile qualunque concezione del dritto naturale?

Una questione consimile si fece in questi ultimi decenni riguardo alla metafisica; e ricordiamo le valide obiezioni mosse dall'Angiulli a coloro che osavano negarla, e specialmente al Comte ed al Littré. « Le questioni abbandonate dalle scienze particolari intente esclusivamente all'osservazione dei varî fenomeni cosmici e sociali, sono raccolte dalla filosofia. La quale deve investigare l'origine, il significato, la legittimità, il valore delle nozioni fondamentali e dei metodi delle scienze; deve fornire l'interpretazione scientifica delle nozioni di quantità, di spazio, di tempo, di movimento, di materia, di forza, di vita, di anima, di bene, che sono rispettivamente i presupposti della matematica, della fisica, della chimica, della biologia, della psicologia e dell'etica. Occorre inoltre interpretare l'esperienza nei suoi fattori e nei suoi prodotti: occorre indagare gli elementi, le leggi, i limiti di ciò che noi diciamo processo di esperienza; occorre anche, come già notava il Liebmann, che la filosofia metta l'unità tra le diverse scienze, chiarendo l'insussistenza della contraddizione che apparisce tra i loro concetti fondamentali, poichè se ripugna al pensiero umano che il vero in una scienza speciale possa essere falso in un'altra, lo stato attuale delle scienze prova la loro imperfezione e l'esigenza di un'altra ricerca scientifica superiore, che trovi l'accordo, l'armonia, l'unità tra i loro concetti fondamentali » (²).

Tali questioni sono d'indole essenzialmente metafisica, e poichè nelle condizioni attuali del sapere non possono eliminarsi o saltarsi come non si potevano nel vecchio idealismo, la metafisica non può bandirsi dall'enciclopedia scientifica.

Si deve però distinguere — concludeva l'Angiulli — una metafisica dommatica ed una metafisica critica. La prima presume essere in possesso di una scienza apodittica dell'esperienza, del fondamento, della connessione delle cose, ed è caduta oramai in

(²) Angiulli: *La filosofia e la scuola*, pagg. 70-75 *passim*.

Digitized by Google

discredito. La seconda, partendo dai fatti reali del sapere, sbandisce il trascendente, o come un enimma o come un semplice idolo dell'immaginazione, ed è essenzialmente una ricerca; la quale può giungere in un dato momento ad un'esplicazione provvisoria ed ipotetica dell'essenza, del fondamento, della connessione delle cose, ma non è essa stessa problematica nè ipotetica nei suoi principî fondamentali.

La questione che noi ci siamo proposti è, come abbiamo detto, analoga a questa della metafisica nei suoi termini, e, vedremo più innanzi, nella sua risoluzione. Distrutta la vecchia concezione del dritto naturale, rimangono del pari distrutte le esigenze che l'avevano determinata?

Avevano le vecchie dottrine giusnaturaliste un contenuto psicologico ed una base reale? Se di tale fondamento esse erano affatto destituite, nessuna ragione d'essere avrebbe per il positivista il problema del dritto naturale, poichè esso risponderebbe in tal caso ad un'esigenza puramente dialettica del vecchio idealismo; ma se la concezione del dritto naturale si innalzava sopra una base positiva, sulla realtà d'un fenomeno, essa non può bandirsi dalla nuova filosofia sociale, e dev'essere valutata ed interpretata nel suo valore e nel suo significato: si salterebbe altrimenti la difficoltà senza risolverla.

E il dritto naturale aveva senza dubbio la sua base reale, la quale si concretava non in un'esigenza temporanea della coltura, ma in una necessità perenne della mente. La tendenza stessa dei giusnaturalisti a contrapporre un dritto di ragione al dritto della storia, non era che il riflesso di un fenomeno mentale più generale, comune a tutti i popoli ed a tutti gli individui giunti ad un certo grado di progresso: l'esistenza continua di un'idea giuridica. Nè la presenza di questa idea potè mai essere negata da alcuna scuola positiva; e l'obiezione mossa dai metafisici ai seguaci del metodo comparativo e specialmente al Post, che non si possa cioè istituire una qualunque comparazione senza un'idea preesistente del dritto, appariva veramente superflua perchè nessuno che avesse senso storico aveva mai messo in dubbio tale preesistenza.

Il naturalismo esclusivamente materialista credette — scriveva il Fouillée — d'averla fatta finita con le idee di libertà, di personalità, di dritto, d'inviolabilità, poichè ebbe mostrato che esse non esprimevano dei fatti osservabili, nè delle leggi naturali. Pertanto se queste cose non hanno esistenza come realtà obiettiva della natura, esse hanno tuttavia un'esistenza, come idee, nella nostra

Digitized by Google

mente. Ora può dirsi questo un modo d'esistenza che non abbia alcun valore e del quale non bisogni tener conto? (1)

Forse bisognerebbe rispondere affermativamente se si partisse dai principî del positivismo strettamente comtiano; ma l'angolo visuale del positivista moderno si è in questo senso notevolmente allargato, per merito specialmente dei filosofi inglesi e soprattutto del Mill.

Tutto ciò che ha un'esistenza, tutto ciò che è fenomeno, sia della natura o soltanto della mente, deve concorrere alla formazione delle sintesi filosofiche, poichè l'esperienza, quale l'intende la scienza contemporanea, oltrepassa i pregiudizî del vecchio empirismo. Certo sarà diversa la valutazione dei fenomeni, e mentre a quelli strettamente oggettivi sarà attribuito tutto il valore che scaturisce dalla loro osservazione, il fenomeno soggettivo, psichico e mentale, dovrà essere interpretato oltre le apparenze, nei suoi elementi costitutivi e nella sua base reale; del fenomeno soggettivo dovrà, in altri termini, ricercarsi l'oggettività.

Ora i fenomeni mentali, le idee e i pensieri, non sono fatti senza importanza, da cui si possa completamente astrarre, specialmente quando queste idee sono, come quelle che riguardano il dritto, leva potente del progresso umano. Il pensiero fa anch'esso parte della natura, sebbene l'oltrepassi con la concezione di una natura superiore; nell'ordine dei fatti sociali possiamo anzi dire che l'idea prepara e precede la realtà.

Riconoscere l'esistenza dell'idea di giustizia ed attribuirle un valore sociale, significa riconoscere la legittimità dei problemi filosofici che la riguardano e che si concretavano nelle teoriche del dritto naturale.

Ammettere però un problema già agitato dal razionalismo non significa accettarne l'impostatura e la risoluzione: i metodi del positivismo dovranno essere essenzialmente critici, e le conclusioni saranno quelle che scaturiranno spontaneamente dalla critica storica e psicologica.

IV

La spiegazione di un'idealità, come di ogni fatto sociale, è nella sua genesi e nei suoi caratteri. E noi rifiutiamo anzitutto la genesi che all'idea morale e giuridica attribuì in ogni tempo

(1) Fouillée: *L'idée moderne du droit*, pag. 235. - Paris, Hachette, 1883.

Digitized by Google

il razionalismo, e mostriamo anche falsi i caratteri che ad essa dai giusnaturalisti furono costantemente attribuiti.

Platone riteneva l'idealità umana promanante da un'idea astrattamente esistente fuori della natura e della mente; il teologo ne vide la genesi nella rivelazione, in una trasmissione cioè del pensiero divino all'umano; altri metafisici negarono la rivelazione, ma spiegarono l'idea come intuizione mentale diretta dello stesso pensiero divino.

Questi tre modi di spiegare la genesi dell'ideale, non differiscono essenzialmente: è sempre un'idea astratta, fuori della natura (sia che abbia esistenza a sè, sia che risieda in Dio come suo attributo), della quale all'uomo giunge il riflesso, o per pura intuizione della mente o per atto della divinità stessa.

Il criticismo kantiano non risolse meglio la questione: tolse, è vero, la rivelazione attuale, ma ammettendo le *categorie a priori* della mente, ricacciò in certo modo la rivelazione in un periodo remoto, nell'origine stessa della specie.

Tutte queste spiegazioni sono antiscientifiche, poichè, sia che si ammetta un continuo fluire del pensiero divino e dell'idea astratta nella mente umana, sia che si attribuiscano alla mente proprie categorie, si assegna sempre con esse all'idea una genesi metempirica, non naturale, smentita anzi dalla natura stessa.

L'errore dei razionalisti e specialmente del Kant dipese soprattutto — come giustamente ha notato l'Ardigò — dall'aver essi ricercato solo nell'individuo attuale la ragione esplicatrice del concetto etico. Poichè se l'osservazione della coscienza attuale vale a dare la descrizione statica del fenomeno, essa è insufficiente a spiegarlo se non è integrata con lo studio dinamico del fenomeno stesso; e tale studio non può farsi considerando l'individuo fuori della società ed isolandolo dalle generazioni che l'hanno preceduto. La società è mezzo indispensabile per lo svolgimento psichico dell'individuo, e il comparire di certe idealità può spiegarsi soltanto con la legge della trasmissione ereditaria biologica e storica, la quale fa sì che le conquiste d'una generazione non vadano perdute per la successiva e ciascuna profitti degli sforzi di quelle che l'hanno preceduta.

Solo il concetto evolutivo, come già dicemmo in principio, può dare una spiegazione scientifica dell'idealità morale e giuridica, come di tutti i più alti fenomeni psichici. Non solo, ma il concetto evolutivo soltanto può metterci in grado di distinguere fra loro queste idealità, che sempre furono distinte con criteri affatto

Digitized by Google

convenzionali, ed anche attualmente vengono spesso confusi insieme dagli stessi positivisti.

L'idealità giuridica che non può spiegarsi altrimenti che come formazione storica, come risultato dinamico cioè dell'evoluzione psichica individuale, correlativa alla più complessa evoluzione sociale, non deve confondersi con l'idealità morale. La differenza non è però essenziale, perchè identica è sempre l'essenza di due idealità sociali, ma semplicemente cronologica (1).

La spiegazione naturale e storica della genesi dell'idealità giuridica, o — come direbbero i metafisici — del supremo principio del dritto, ci mette in grado di eliminare certe contraddizioni che si verificano fra le dottrine degli idealisti e la realtà dei fatti.

Essi affermavano in primo luogo l'immutabilità del principio giuridico da tempo a tempo: nè peccavano in ciò di incoerenza logica. Se v'ha fuori del mondo un'idea tipo, o un volere divino eterno ed immutabile, senza dubbio anche l'idealità umana, che ne è un riflesso, dev'essere eterna ed immutabile: così pure l'idea sarà sempre eguale a sè stessa ove essa corrisponda ad una categoria fissa della mente.

Ma come dunque — obiettarono loro sin dagli antichissimi tempi della Grecia gli empirici, i sofisti e gli scettici — come dunque può avvenire che questo supremo principio giuridico muti in realtà da tempo a tempo, e talora così profondamente, da poter sembrare in un dato momento il colmo dell'ingiustizia ciò che in altro tempo fu già considerato come l'atto più giusto? L'uomo — essi rispondevano — non possiede tutto intero l'ideale, ma vi si avvicina per graduali ed insensibili conquiste; all'inizio della storia è la barbarie, la massima distanza cioè dell'uomo e delle sue azioni dal *vero* ideale etico e giuridico, e questa distanza si va poi colmando a mano a mano che la ragione riesce ad affermare il suo dominio sul senso, dalle cui passioni era primieramente offuscata.

---

(1) Questo concetto ha bisogno d'essere largamente dichiarato, affinchè per la fugacità dell'accenno esso non rimanga o inosservato o incompreso. Parmi però che una lunga digressione su questo punto interromperebbe il filo del nostro discorso e ingenererebbe confusione nella presente trattazione; credo perciò conveniente ripigliare il tema in un articolo speciale che prometto di offrire per un prossimo numero ai lettori di questa *Rivista*.

Digitized by Google

Le risposte dei metafisici se potevano soddisfare i seguaci e gli ingenui, non appagavano davvero i dubbiosi. Questo eterno avvicinarsi ad un ideale immoto ed inconoscibile, che ogni filosofo di ogni epoca si rappresentava a modo suo, non aveva conferma alcuna nella realtà storica e psichica.

Gli empirici però, gli scettici e i sofisti di ogni tempo, che attaccarono le teoriche degli idealisti, non seppero neppur essi dare al fatto una spiegazione adeguata. Essi o negarono del tutto l'idealità, oppure la ridussero all'esplicazione d'un particolare sentimento individuale, che fu quasi sempre l'egoismo; e disconoscevano così la realtà di un fenomeno, o davano ad esso una spiegazione affatto arbitraria; nè in un modo nè nell'altro essi riuscivano a superare quel dommatismo che volevano combattere (1).

Solo il positivismo storico può spiegare scientificamente la mutabilità dell'ideale giuridico, senza negarne l'esistenza, sia per il concetto d'evoluzione a cui anch'esso s'informa, sia per la veduta integrale del fatto sociale che fa difetto a tutti gli altri sistemi e che esso profondamente possiede.

L'idealità giuridica, come ogni altra idealità esistente nella coscienza individuale, si è formata per il fatto della vita sociale; si è trasformata in ogni tempo dinanzi ai fatti reali d'ogni genere per cui è passato il gruppo nella sua vita; nè ora nè mai potrà dirsi che essa abbia raggiunto la sua forma definitiva, ma sempre andrà modificandosi e sviluppandosi in rapporto ai più complessi fatti sociali.

L'idea stessa avendo raggiunto una salda esistenza nella psiche individuale, dominandola anzi, caratterizzandola e rendendola *autonoma* (2), diventa alla sua volta per la sua virtù impulsiva, causa di nuovi fatti, i quali ancora porteranno dei mutamenti nelle idee. Così in un'eterna vicenda fatti ed idee si determinano, si spingono, si sviluppano per reciproca influenza.

Ciò spiega come il *supremo principio giuridico* non sia assoluto, ma relativo alle condizioni fisiche, economiche, intellettuali e religiose del gruppo; e come esso non sia universale, ma muti da popolo a popolo, e tanto più profondamente quanto maggiore

---

(1) V. il mio *Pensiero giuridico d'Epicuro*, parte II.

(2) Intorno al concetto scientifico d'*autonomia*, V. Marchesini: *L'individuo sociale* in « Riv. di Sociologia », Anno III.

Digitized by Google

è la differenza tra le condizioni sociali e le tradizioni storiche di due popoli. E come si spiegano le profonde differenze, così si spiegano anche le grandi affinità fra le idealità giuridiche di popoli diversi, non per l'identità di principî trascendenti, ma per la somiglianza dei fattori onde le idealità scaturiscono.

V

L'idea che in un dato momento risplende nella nostra mente come supremo principio giuridico, deve dunque questa sua superiorità ai nuovi atteggiamenti della coscienza, ed alla nuove condizioni di vita sociale che di tali atteggiamenti sono la causa.

Ed anche la coordinazione dei concetti giuridici non è semplicemente logica, ma storica. Dinanzi alla nuova idealità le vecchie idee o appariscono in tutto false, oppure si riducono a suoi corollarî per una dipendenza logica molte volte assai complicata; altre idee poi che nella vecchia coscienza apparivano secondarie o subordinate, diventano alla lor volta principali, centro e base di nuove concezioni.

Così avviene che da tempo a tempo non solo muta la suprema idealità giuridica, ma anche tutto quel sistema logico che intorno a tale idealità va ricamando la mente per naturale e quasi inconscio processo e che costituisce un vero edifizio ideale del dritto.

Con meravigliosa precisione e chiarezza il Vico definì il dritto naturale come un *dritto ideale che corre in tempo.* Esso è infatti un *dritto ideale* perchè la sua entità è puramente mentale, non ancora diventata esteriore e concreta; e *corre in tempo* appunto perchè segue e riflette lo sviluppo della coscienza sociale, i tramutamenti delle idealità giuridiche.

All'attuazione di questo sistema ideale del dritto (che giustamente vien considerato dall'Ardigò come un dritto potenziale, un dritto cioè che potrebbe diventare reale), tende l'uomo costantemente per l'impulsività propria dell'idea; e che siamo naturalmente portati ad attuarlo in tutti i suoi particolari, lo prova il fatto che noi generalmente consideriamo come falsi ed ingiusti quegli istituti giuridici che non appariscono informati alla idealità dominante.

Il dritto naturale può dunque definirsi scientificamente come *quel dritto che la mente concepisce come perfetto in armonia alla suprema idealità giuridica attuale, che tende continua-*

Digitized by Google

mente a tradursi nella pratica, a diventar positivo, sovrapponendosi o contrapponendosi agli istituti giuridici esistenti.

Esso è quindi essenzialmente *ideale* in quanto ha entità puramente mentale; *impulsivo* in quanto spinge l'uomo ad agire in sua conformità ed ha in sè la forza della propria attuazione; *potenziale* in quanto, per la sua impulsività, può diventare positivo e concretarsi in norme giuridiche sancite dal potere; *mutabile* e *relativo* in quanto la sua base e la sua genesi non è metafisica, ma naturale e storica.

Per questa concezione non è eliminato, nè potrà esserlo mai per nessun'altra, il contrasto che le scuole razionaliste videro tra dritto naturale e dritto positivo; per eliminarlo bisognerebbe disconoscere o il fatto storico o il fatto mentale, dimezzare cioè arbitrariamente la realtà.

Il dualismo però non si porge più nelle vecchie forme, come un contrasto fra la natura e ciò che è fuori di lei, fra il reale e il trascendente; ma esso viene ora concepito in termini non ripugnanti al monismo scientifico, come divergenza fra due momenti dell'essere, fra la realtà psicologica e la realtà esterna, fra un dritto nuovo che sorgendo si afferma nella coscienza, ed un dritto già maturo che fatalmente declina pel mutare delle condizioni di vita e coltura che l'avevan determinato.

Così rimane anche distrutta l'illusione del giurista di poter giungere quando che sia ad un dritto concreto che rifletta in modo assoluto l'ideale giuridico. Questo ideale non è raggiungibile perchè non fisso, nè immutabile; quanto più noi ci sforziamo di raggiungerlo, tanto più rapidamente esso si sviluppa, si trasforma, per sfuggirci sempre.

Il contrasto fra dritto naturale e positivo ci si chiarisce eterno; e non per colpa degli uomini, come stoltamente ritiene il volgo, ma per l'incessante sviluppo dell'idea, ossia per il processo stesso del bene. La trasformazione del dritto reale avviene continuamente nel senso dell'ideale giuridico; ma quanto migliore diventa la legislazione, tanto più s'innalza l'ideale, svolgendosi in forme nuove ed imprevviste. La rapidità con cui l'idea si manifesta e si sviluppa, non potrà mai essere eguagliata dalla prontezza del più attivo riformatore.

Digitized by Google

VI

Alla maggior parte dei lettori parrà forse strano che una concezione del dritto naturale venga sostenuta da me che in altri scritti mi dimostrai seguace del realismo fenomenico, sia nella filosofia teoretica che nella filosofia del dritto, e taluno potrà anzi accusarmi d'incoerenza. È noto infatti come la scuola, fenomenica della filosofia del dritto che fa capo al Merkel, non solo abbia ripudiato il concetto del dritto naturale, ma alla sua distruzione abbia principalmente mirato.

Bisogna pensare però che questa scuola, dapprima intenta a demolire la vecchia filosofia del dritto, non ha ancora completamente ricostruita la nuova; e se ha posto solidamente le basi della ricostruzione disegnando la *allgemeine rechtslehre* (1), ha lasciato tuttavia aperte delle grandi lacune. Ed è appunto ai seguaci coscienti del nuovo indirizzo che spetta il cómpito di completarlo e svolgerlo nei suoi varî aspetti, piuttosto che ripetere pedantemente, come purtroppo avviene assai spesso, le parole dei maestri. A me, in particolare, incombe l'obbligo di giustificare l'esposta concezione del dritto naturale, di mostrare cioè come essa non ripugni ai principî del realismo giuridico.

Se oggetto della filosofia del dritto è solo la ricerca dei fattori che ne determinano la formazione, la generalizzazione delle osservazioni fenomeniche intorno al dritto e l'indagine delle leggi che ne regolano lo sviluppo, è evidente — mi sento obiettare — che una qualunque concezione del dritto naturale oltrepassa i limiti della filosofia giuridica quale l'intende la scuola del Merkel. Ma questa obiezione nasce da un errore di fatto, da un concetto falso ed unilaterale del dritto, dalla considerazione esclusivamente obiettiva del fenomeno giuridico, che vizia non solo l'opera dei merkeliani, ma anche di taluni pensatori, come il Vanni, meno intransigenti e propensi all'ecletismo (2).

---

(1) Cfr. del Merkel: *Über das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenchaft und zum allgemeinen Theil derselben;* in *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart.* — Anno 1874, vol. I.

(2) « Nessun dubbio — egli scrive — che oggetto della filosofia quanto della scienza del dritto sia e non possa essere altro che il dritto positivo, perchè questo soltanto ci vien dato dall'esperienza come una

Digitized by Google

Il dritto però non è solo legge od istituto; è anche coscienza ed idea, ed in esso è quella duplicità di termini che si riscontra in qualunque formazione storica: così la religione è rito e credenza, l'arte è produzione concreta ed è pensiero, la morale è costume e tendenza psichica.

Chi indaghi serenamente il processo formativo del dritto, vedrà l'evoluzione degli istituti parallela e correlativa all'evoluzione della coscienza giuridica, poichè i fattori del dritto non operano solo su fatti esteriori e concreti, ma agiscono parimenti sull'idea giuridica, la quale appunto per la loro influenza si sviluppa e si trasforma. Può ritenersi anzi sperimentalmente accertato che l'azione dei fattori del dritto (più visibilmente presso i popoli civili) si esercita prima sull'idea e che questa poi determina la trasformazione degli istituti.

Tutto questo non avrebbero dovuto disconoscere i seguaci di una scuola che della rigorosa indagine fenomenica ha fatto il suo programma; nè lo ha certo disconosciuto il Fragapane il quale del realismo giuridico è in Italia il più autorevole rappresentante (1).

Ma ammessa la duplicità dei termini nella formazione e nell'evoluzione del dritto, potrebbe essa negarsi o disconoscersi nella considerazione statica? Per far ciò bisognerebbe distaccare il momento giuridico attuale dall'unità della sua evoluzione, ed ammettere che proprio oggi si siano interrotte le leggi fondamentali dell'evoluzione giuridica!

Anche considerato staticamente, dunque, il dritto è fatto e pensiero, legge e coscienza; nè di esso può aversi piena nozione se non si considera nella sua interezza. Il riconoscimento di un ideale giuridico, non immobile, ma progressivo e relativo alle condizioni di vita d'un popolo, non eccede la fenomenologia del dritto, ma ne rappresenta un complemento necessario; e il tentare di spiegarlo significa proporsi un problema fenomenologico.

Con una questione di tal genere non si ritorna menomamente al dommatismo della vecchia filosofia del dritto, e se a codesto

---

realtà, mentre non è così del dritto che chiamiamo naturale, razionale, ideale; *tutte nozioni oltrechè metempiriche contradditorie* ». *La funzione pratica della filosofia del diritto* ecc. - Bologna, Zanichelli, 1894. — Non sempre però il Vanni si mantenne coerente a questa sua affermazione.

(1) Questa duplicità di termini nella formazione del dritto egli sostiene e dimostra nel *Problema delle Origini del dritto*. — Roma, Loescher, 1896.

Digitized by Google

termine soggettivo del dritto si conserva la denominazione di dritto naturale, cio è solo per mantenere un nome tradizionalmente usato a determinare un effetto di uno stesso fenomeno mentale. E, ad ogni modo, se tale nome non appagherà i positivisti, sarà facile cambiarlo con altro meno sospetto e meno legato a ricordi metafisici.

Ma con qualunque nome si designi esso sarà sempre dritto, sebbene non ancora distinto dalla sanzione del potere. Non sarà certo un dritto completamente formato, poichè la sua compiuta formazione si ha soltanto nel concorso della sanzione intima della coscienza ed in quella esterna dell' autorità; ma sarà un dritto in formazione. La sanzione del potere è cronologicamente l'ultimo dei caratteri che vengono a determinare il fenomeno giuridico; ma ciò che veramente costituisce la base essenziale del dritto, la sua rispondenza cioè alle aspirazioni d' un popolo, la sua conformità agli atteggiamenti della coscienza sociale e persino il carattere d' obbligatorietà, si riscontrano necessariamente nell' idealità giuridica, la quale è già per sè stessa imperativa. Perciò ricusare all' idealità giuridica il nome di dritto è come ricusare al bambino il nome di uomo solo perchè egli non ha raggiunto il suo pieno sviluppo organico e mentale. Perciò stesso la legge che non risponde alla coscienza sociale, che non è sentita come necessità generale, non può, se non impropriamente, dirsi dritto: essa ha infatti del dritto l'elemento formale consistente nell'imposizione dell'autorità, ma è destituita del suo fondo reale, è una creazione artificiale, ma non una formazione naturale che, per esser tale, deve attraversare i suoi diversi gradi di sviluppo.

Concludiamo dicendo che il riconoscimento del diritto naturale, o ideale o potenziale che dir si voglia, è conseguenza dell'indagine fenomenologica, la quale appunto nella constatazione delle idealità giuridiche attuali esaurisce il suo cómpito. Ove però si tolga alla fenomenologia questa indagine, essa non potrà più apparire come una esauriente filosofia del diritto; ma solo come una sua parte, e si cadrà facilmente nell'errore, oramai diventato comune, di assegnare alla filosofia del diritto funzione e cómpiti teleologici. Su questo punto ritornerò ed a lungo in altra opera di imminente pubblicazione.

Mi interessa ancora avvertire, per evitare probabili malintesi, come il concetto da noi esposto rimanga, per il suo carattere strettamente positivo, totalmente distinto da altre concezioni del diritto naturale che vanno rifiorendo di recente e che non diffe-

Digitized by Google

riscono sostanzialmente da quelle tradizionali che si insegnano ancora in molte nostre università dagli illustri superstiti dell'indirizzo metafisico. Alludiamo specialmente, per l'Italia, alla riabilitazione, tentata dal Petrone in un'opera critica veramente meditata e profonda (1), ma contrastante coi più indiscussi principî del positivismo, sia nelle premesse gnoseologiche sia nella concezione giuridica, la quale coi postulati di un diritto anteriore alla società, di facoltà giuridiche connaturate, di un intuito originario del giusto, con la designazione di finalità teologiche, col ricorso al contrattualismo ed allo stato di natura, riproduce un razionalismo prekantiano e rinnova il giusnaturalismo di Ugo Grozio.

Dal concetto di diritto naturale noi al contrario non solo abbiamo escluso qualunque elemento metafisico, ma ci siamo inspirati al più rigoroso relativismo, rifuggendo anche da quel finalismo che vizia le potenti concezioni dell'Jhering.

VII

La concezione positiva del dritto naturale e del suo rapporto col dritto positivo, ci mette in grado di risolvere in modo esauriente il problema dell'equità, tanto agitato in ogni tempo dai filosofi del dritto (2).

Ed anche qui desta la nostra ammirazione la geniale concezione del Vico (troppo fugacemente accennata dal Viazzi), che più d'ogni altra, a parer mio, si avvicina a un concetto veramente positivo dell'equità ed alla quale sembrano ricongiungersi le più importanti fra le moderne teorie.

---

(1) Petrone: *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania.* - Pisa, Spoerri, 1895

(2) In quanti e varî ed opposti modi sia stata intesa l'equità dai tempi antichi ai nostri giorni, ha già mostrato egregiamente il Viazzi in un suo recentissimo lavoro dettato per l'*Enciclopedia Giuridica (V. Equità)* e pubblicato in volume dalla *Società editrice libraria* (Milano, 1902). Noi non ripeteremo nè criticheremo le sue conclusioni, poichè è solo nostro intento presentare qui un concetto positivo di equità, come del dritto naturale, senza dilungarci nell'analisi storica delle dottrine. Solamente osserveremo al Viazzi che fra le diverse dottrine dei diversi tempi esiste un collegamento logico e storico cui egli non sempre ha veduto, nè ha fatto sufficientemente rilevare.

Digitized by Google

« Gli uomini di corte idee — scrisse il Vico — stimano dritto quanto si è spiegato con le parole. Ma il certo delle leggi è una oscurezza della ragione unicamente sostenuta dall'autorità; che le ci fa sperimentare dure nel praticarle; e siamo necessitati praticarle per *lo dir loro certo*, che in buon latino significa *particolarizzato*, o, come le scuole dicono *individuato*. Il vero delle leggi è per contrario un certo lume e splendore di che ne illumina la ragion naturale.... Ora v'ha un' *equità civile* che è regola della ragion stretta, al cui *certo*, o sia alla determinata particolarità delle cui parole, i barbari d'idee particolari naturalmente s'acquetano; ed una *equità naturale* della ragion umana tutta spiegata che è una pratica della sapienza nelle faccende dell'utilità » (1).

Vediamo in questi passi contrapposta in primo luogo la *certezza* alla *verità* delle leggi, logico riflesso della contrapposizione fra *certo* e *vero* che informa tutta la filosofia vichiana. La certezza della legge, come di ogni altro fatto sociale, è data dall' *autorità dell' umano arbitrio* (2), ossia dalla sanzione del potere, ed è un fatto d'indole *filologica*, o come diremmo noi storica, in quanto si ricava da fatti concreti, quali la scrittura, la tradizione, ecc. E *l'equità civile*, cui il Vico pone in correlazione col *certo* della legge, non sarebbe insomma che la pratica della legge, quale si porge nel suo significato letterale e storico, con eguale esattezza in ciascun caso particolare; questa eguaglianza è veramente la *regola della ragion stretta*. L'equità civile del Vico corrisponde in questo senso esattamente, come egli stesso fece notare, a quella che Ulpiano definiva: *quaedam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita, sed paucis tantum qui prudentia usu, doctrina praediti didicerunt, quae ad societatis humanae conservationem sunt necessaria.*

Il *vero* delle leggi è quello che proviene dalla ragione, (poichè da lei *viene sempre la scienza del vero*, (3) indipendentemente dall'autorità e dall'arbitrio degli uomini; il che, a prescindere dalle espressioni cartesiane, indica appunto l'idealità giuridica che risplende nelle menti indipendentemente da ogni formula

---

(1) *Scienza Nuova*, Libro I, CIX a CXIV - Ed. Ferrari, Vol. II, pagg. 135-137.

(2) *Ibid*, Libro I, IX a XI - ed. citata. pag. 97, Vol. II.

(3) *Ibid*, libro I, X; pag. 97.

Digitized by Google

certa. E l' *equità naturale* che le corrisponde non è che la pratica della sapienza, ossia della conoscenza delle idealità, nelle faccende dell' utile, ossia nei contrasti degli interessi.

L' equità civile, quale la intese il Vico, si designa oggi come regola dell' *esatta ed imparziale applicazione della legge.*

Il concetto di equità naturale, se non si può fissare in una formula giuridica, è tuttavia teoricamente ben determinato, e non solo risponde alla comune nozione di equità, ma è meno incerto di questa ed ha in sè tutti gli elementi necessarî per la costruzione d' una teoria dell' equità veramente positiva, rispondente cioè alla realtà dei fatti e basata su criterî oggettivi generali.

L' equità naturale del Vico ci appare anzitutto come alcunchè d' intermedio fra il dritto positivo e il dritto naturale, fra il vero e il certo della legge; come attuazione pratica cioè dell' idealità giuridica in quanto è da noi conosciuta (*pratica della sapienza*), anche in opposizione alla lettera della legge.

L' equità inoltre è essenzialmente una *pratica*, e non un'idea; l' applicazione dei principî ideali del dritto; non l' ideale del dritto, ma una manifestazione sensibile di questo ideale.

Ma siccome il dritto naturale, o razionale che dir si voglia, è per il Vico un dritto ideale che corre in tempo, conseguita che anche l' equità non sarà immobile, ma *correrà in tempo*, seguendo dappresso quell' evoluzione dell' ideale di cui noi abbiamo già largamente discorso.

VIII

Se gli scrittori di filosofia giuridica che da due secoli in qua si sono occupati dell' equità, avessero fissato il loro sguardo su le degnità della *Scienza Nuova*, avrebbero evitato quella congerie di teoriche contradditorie che ingombra la letteratura della scienza giuridica.

Il Ledru-Rollin, per esempio, avrebbe schivato il grossolano errore, codificato nella voce *equità* del suo repertorio generale, di dare varî significati al vocabolo, intendendolo ora come tendenza d' animo, ora come *insieme di principî che la natura ha impresso in tutti gli uomini e che li porta ad un esatto apprezzamento del giusto e dell' ingiusto.*

Ho chiamato questo un errore perchè la tendenza all' attuazione della giustizia, dipende dall' esistenza stessa dell' ideale e si

Digitized by Google

confonde col fatto psicologico generale dell'impulsività propria di ogni idealità; e l'equità in questo senso non sarebbe più un fatto speciale, meritevole d'una speciale denominazione. Il complesso poi dei principî ideali del diritto che sono nella nostra mente, costituiscono il diritto naturale e non l'equità. Positivamente e storicamente l'equità si rivela come un fatto concreto, come una pratica, e per questo differisce dal diritto naturale che è sempre un complesso di idee.

L'errore del resto dal Ledru-Rollin è il riflesso delle condizioni della letteratura giuridica al riguardo. È infatti innegabile che da certi scrittori l'equità viene considerata come disposizione soggettiva dell'animo, da altri vien confusa col diritto naturale e da altri infine arbitrariamente limitata all'eguale applicazione della legge nella particolarità dei rapporti, a quella cioè che dal Vico fu detta equità civile.

Questi sono gli errori più comuni che si verificano nelle trattazioni teoriche dell'equità, ed essi si riscontrano ancora in scritti di giuristi eminentissimi ed autorevoli.

La via tracciata dal Vico ci pare invece seguita dal Windscheid, il quale pensa essere il concetto d'equità per sua natura indeterminato (avrebbe detto meglio *relativo*), appunto perchè esso riceve il suo contenuto dalla coscienza giuridica o dal sentimento giuridico di chi prende a considerare un dato diritto. « Ma in quanto — egli aggiunge — non v'è solo un sentimento giuridico ed una coscienza giuridica individuale, ma vi sono anche un sentimento giuridico ed una coscienza giuridica di tutto un popolo, l'equità *segna* l'ideale che il diritto d'ogni popolo deve adoperarsi a realizzare » (1).

Segnare, si noti bene, non significa *essere*, e l'equità non è per il Windscheid l'ideale del diritto in rapporto alla coscienza giuridica d'un popolo, ma un segno sensibile di questo ideale.

Analogo e verbalmente più preciso è il concetto del nostro Chironi, il quale considera l'equità come « il *prodotto* di un concetto soggettivo sul modo più giusto col quale regolare un dato rapporto » (2). E il rigore dell'espressione è soprattutto nella parola *prodotto* che sta a significare, a parer mio, un fatto reale contrapposto all'ideale giuridico, un'esplicazione concreta, un'attuazione, sia pure parziale, di questo ideale.

---

(1) *Pandette*, lib I, § 28. Trad. italiana, pag. 82.
(2) *Istituzioni di diritto civile*, § 9, c.

Digitized by Google

IX

Riassumendo le nostre osservazioni possiamo conchiudere doversi anzitutto distinguere l'equità civile dalla naturale.

Quella è la regola dell'esatta ed eguale applicazione della legge ai casi singoli; non è altro che la *giustizia* in senso stretto e potrebbe benissimo chiamarsi, anche ad evitar confusione, *giustizia legale*, giustizia cioè secondo la legge.

L'altra (alla quale veramente dovrebbe riservarsi il nome d'equità non potendo essa, per la sua particolarità fenomenica, designarsi con termini più generali), non è un ideale, chè in tal caso essa non avrebbe ragione di esistere come concetto speciale nella filosofia giuridica, immedesimandosi nel modo più assoluto col diritto naturale; non è una tendenza all'attuazione del giusto perchè questa tendenza è un fenomeno generale psicologico, conseguenza dell'impulsività dell'idea; ma è l'esplicazione concreta di questa tendenza, l'attuazione (parziale necessariamente, per la mutabilità dell'ideale) del diritto naturale e, secondo l'espressione del Vico, essenzialmente una *pratica*.

L'induzione storica autorizza e conferma pienamente questa affermazione teorica, poichè se l'equità potè avere consistenza puramente ideale nei sistemi di qualche filosofo, fu sempre un fatto pratico nella vita del diritto. Era un fatto in Roma, dove si concretava nelle deliberazioni del pretore tendenti a temperare il contrasto fra il rigido diritto storico e l'esigenze della vita e della coscienza sociale; e già la critica considera come uno dei fattori più importanti dell'evoluzione del diritto romano il giudizio equo, essendosi per esso lentamente operate profonde trasformazioni negli antichi istituti ed avendo principalmente da esso tratto origine i nuovi. E nella vita giuridica di tutti i popoli in ogni tempo si riscontra l'equità, designata con vario nome, come temperamento pratico del rigorismo dei codici e delle tradizioni: in nome di principî di giustizia presso i popoli civili; come premio per prove di coraggio, di abilità e di forza presso popoli meno progrediti, tenendo presso di loro luogo della nozione ideale di giusto (non ancora abbastanza chiara, nè impulsiva) il concetto dell'utile. Negli scritti di etnologia giuridica e di storia del diritto si trovano esempii numerosissimi a conferma del nostro asserto.

La pratica dell'ideale giuridico, fuori della lettera della legge è dunque un fatto storicamente vero ed innegabile; ed esso non

Digitized by Google

può ridursi ad un altro fenomeno, ha esistenza propria e distinta, ed ha perciò diritto ad un nome particolare.

L' equità è certamente il segno dell' ideale giuridico, in quanto è l' espressione concreta di ciò che è nella coscienza del giudice armonizzante con la coscienza generale. È la realtà psichica ed interna che comincia a diventare una realtà storica ed esteriore.

Così intesa l' equità, la vessata questione dei limiti si porge in termini ben diversi dai soliti, e per ciò stesso la soluzione si presenta più facile e chiara.

Non si tratta infatti di vedere entro quali limiti il giudice possa applicare l' equità, ma i limiti entro cui possa egli attuare il diritto razionale, l' idealità giuridica.

L' equità non esiste anteriormente all' opera del giudice, ma si produce sempre quando questi applica ai rapporti concreti dei criterî non compresi nella espressione della legge, ma risplendenti nella sua coscienza giuridica. Il giudice insomma non applica, ma produce l' equità. Ora se è vero che l' idea precorre sempre il fatto, che il diritto naturale, inteso come complesso di idealità giuridiche proprie d' un popolo in un dato momento storico, non solo è eticamente migliore del diritto positivo, ma segna la mèta a cui questo si sforza eternamente d' arrivare; non si comprende perchè dovrebbe vietarsi al giudice l' attuazione del diritto ideale, impedendogli così di farsi cooperatore del progresso sociale. Se a Roma l' equità del Pretore non avesse temperato il rigore dello stretto diritto civile, il diritto romano non sarebbe quell' immenso monumento di sapienza giuridica che è ancora la meraviglia del mondo. L' equità non solo ci appare come fonte del diritto, quale apparve ai giureconsulti romani, a Cicerone ed ai più autorevoli giuristi moderni; ma noi la consideriamo come la fonte eticamente più importante del diritto in quanto è il prodotto e il riflesso diretto dell' idealità, in quanto è la realizzazione del diritto naturale; è anzi l' elemento propulsore del diritto, in quanto essa stessa contribuisce indefinitamente a trasformarlo, secondo le trasformazioni dell' idealità giuridica. L' idealità giuridica formatasi naturalmente ed evolventesi nella società, si infiltra primieramante nel diritto mediante l' equità; tanto che accettare nell' edifizio legislativo i principî informatori dei giudizî equi, significa riconoscere e sancire le aspirazioni della nuova coscienza.

Certo il magistrato che vuol essere equo deve profondamente considerare l' idea che egli vorrebbe tradurre in pratica, e vedere se essa abbia un valore solamente individuale e particolare, o se

Digitized by Google

sia in armonia con la generale coscienza giuridica. Nel primo caso mai egli dovrà lasciar prevalere la propria opinione sulla espressione della legge, ma dovrà attenersi strettamente a quel significato che a lei deriva dall'intenzione del legislatore e che le attribuisce il generale consenso dgli interpreti; nel secondo dovrà vivificare secondo l'ideale giuridico la legge stessa.

L'applicazione di questo criterio è invero, nel momento attuale e in Italia, molto più difficile di quel che sembra; e la difficoltà è dovuta soprattutto all'insufficienza dei nostri magistrati, i quali se sono spesso dei buoni giuristi, sono generalmente la negazione di ogni più sana filosofia, per l'ordinamento stesso delle nostre facoltà giuridiche in cui ben poca importanza si attribuisce alla filosofia del diritto e nessuna alla sociologia.

Platone affermava erroneamente dovere i giudici essere filosofi, avere cioè la mente fissa in un sistema di diritto metafisico, costruito per via puramente dialettica sulla base di principî astratti; noi vorremmo invece che i giudici oltre che giuristi fossero anche sociologi, che possedessero cioè la veduta integrale del fatto sociale, e potessero quindi comprendere l'importanza e il valore delle nuove idee.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DEGLI ARTICOLI ORIGINALI

DEL SEMESTRE GENNAIO-GIUGNO 1903

ALEMANNI V. - Introduzione a una psicologia del dubbio PAG. 389

CARASSALI S. - La simpatia in Adam Smith. . . . . » 292

CESCA G. - L'idealismo del Mach e l'Energismo dell'Ostwald » 245

CRESPI A. - Intorno all'interpretazione di un luogo matematico di Platone . . . . . » 343

D'ALFONSO N. - I principii economici dell'etica . . . . . » 470

DE LA GRASSERIE R. - De la religion abstraite et des religions athéistiques, P. I . . . . . » 445

FERRO A. - Prolegomeni alla discussione delle ipotesi sui rapporti fra lo spirito e il corpo . . . . . » 266

JAJA F. - L'intelligenza degli animali inferiori. . . . . » 68 e 194

LABANCA B. - La « Vita di Gesù » di Davide Strauss in Italia » 1

MARCHESINI G. - L'interpretazione filosofica del problema sociale . . . . . » 15

MOMIGLIANO F. - Un pubblicista, economista e filosofo del periodo napoleonico (Melchiorre Gioia). . . . . » 115, 314 e 423

MONDOLFO R. - Il concetto del bene e la psicologia dei sentimenti in Hobbes . . . . . » 39 e 171

NATOLI - La questione del genio. . . . . » 490

OBICI G. - Il meccanismo della scrittura . . . . . » 154

RANZOLI C. - Per la terminologia filosofica . . . . . » 377

ROSSI P. - Il valore sociale dei « meneurs ». . . . . » 330

Digitized by Google

RIVISTA

DI

FILOSOFIA E SCIENZE AFFINI

PERIODICO MENSILE

DIRETTORI:

Prof. GIOVANNI MARCHESINI - Dott. ENEA ZAMORANI

La **Rivista di Filosofia e Scienze affini** si pubblica in dispense mensili e bimensili.

Nessuno può ricevere la **Rivista** o ad essa collaborare, se non è iscritto regolarmente fra gli abbonati annui.

I nomi degli abbonati saranno stampati sulla copertina.

L'abbonamento di L. **10** annue decorre dal gennaio al dicembre. Può essere, per i non collaborateri, diviso in due rate di L. 6 ciascuna.

Le sopie degli estratti che possono occorrere in più delle 50 che la Direzione accorda, dietro richiesta, gratuitamente ai signori collaboratori della **Rivista**, dovranno essere commesse direttamente alla *Tipografia Zamorani e Albertazzi* di Bologna, e pagate, previo accordo sul prezzo, anticipatamente. In caso diverso, oltre le spese di spedizione che, comunque, resteranno a carico dei signori collaboratori, le spedizioni degli estratti saranno eseguite gravate di assegno per l'importo.

Per cambiamenti di domicilio e di indirizzo, rivolgersi alla Tipografia sopra indicata — Bologna, Piazza Calderini, 6 — cui pure dovranno essere ritornate sollecitamente le bozze corrette.

Inviare i manoscritti al Prof. **Giovanni Marchesini**, Padova, al quale si dovrà anche far capo per ciò che si riferisce agli abbonamenti.

Non si restituiscono i manoscritti trovati inadatti all'indole del periodico, se non dietro rifusione delle spese postali.

Le Riviste in cambio dovranno essere inviate al dottor ENEA ZAMORANI - Firenze, via Pier Capponi, 43; e dei libri di cui si desidera la recensione, dovranno inviarsi due copie rispettivamente ai due Direttori.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google